Zbornik sudske prakse

PRESUDA OPĆEG SUDA (šesto vijeće)

26. travnja 2023.*

„Javna nabava usluga – Postupak javne nabave – Natjecateljski dijalog – Isporuka tranzicijskih satelita Galileo – Odbijanje ponuditeljeve ponude – Kriteriji za isključenje – Ponuditeljeva teška povreda dužnosti – Nepostojanje pravomoćne presude ili konačne upravne odluke – Obraćanje povjerenstvu iz članka 143. Financijske uredbe – Jednako postupanje – Izuzetno niska ponuda – Očita pogreška u ocjeni”

U predmetu T-54/21,

OHB System AG, sa sjedištem u Bremenu (Njemačka), koji zastupaju W. Würfel i F. Hausmann, odvjetnici,

tužitelj,

protiv

Europske komisije, koju zastupaju G. Wilms, L. André, J. Estrada de Solà i L. Mantl, u svojstvu agenata,

tuženika,

koju podupiru

Talijanska Republika, koju zastupaju G. Palmieri, u svojstvu agenta, uz asistenciju P. Gentili i G. Santini, *avvocati dello stato*,

i

Airbus Defence and Space GmbH, sa sjedištem u Taufkirchenu (Njemačka), koji zastupaju P.-E. Partsch, F. Dewald i C.-E. Seestädt, odvjetnici,

intervenijenti,

OPĆI SUD (šesto vijeće),

u sastavu: M. J. Costeira (izvjestiteljica), predsjednica, M. Kancheva i P. Zilgalvis, suci,

tajnik: P. Cullen, administrator,

* Jezik postupka: njemački

uzimajući u obzir rješenje od 26. svibnja 2021., OHB System/Komisija (T-54/21 R, neobjavljeno, EU:T:2021:292),

uzimajući u obzir pisani dio postupka, osobito:

– rješenje od 30. lipnja 2021., OHB System/Komisija (T-54/21, neobjavljeno),

– rješenje od 2. prosinca 2021., OHB System/Komisija (T-54/21, neobjavljeno, EU:T:2021:878),

– mjere upravljanja postupkom od 17. listopada 2022. i odgovor Komisije podnesen tajništvu Općeg suda 29. listopada 2022.,

nakon rasprave održane 17. studenoga 2022.,

donosi sljedeću

Presudu[1]

1 Svojom tužbom koja se temelji na članku 263. UFEU-a tužitelj OHB System AG zahtijeva poništenje odluka Europske komisije priopćenih tužitelju dopisom od 19. i telefaksom od 22. siječnja 2021. da ne prihvati njegovu ponudu podnesenu u okviru postupka javne nabave u obliku natjecateljskog dijaloga 2018/S 091 – 206089 koji se odnosi na isporuku prijelaznih satelita Galileo, te da dodijeli ugovor drugim dvama ponuditeljima (u daljnjem tekstu: pobijane odluke).

Okolnosti spora

2 Tužitelj je društvo osnovano u skladu s njemačkim pravom čiji je predmet poslovanja razvoj i provedba inovativnih svemirskih sustava i projekata, kao i stavljanje na tržište posebnih aeronautičkih, svemirskih i telematskih proizvoda, uključujući geostacionarne satelite i satelite niskih orbita.

3 U skladu s uvodnom izjavom 2. i člankom 2. stavcima 1. i 2. Uredbe (EU) br. 1285/2013 Europskog parlamenta i Vijeća od 11. prosinca 2013. o uspostavi i iskorištavanju europskih radionavigacijskih sustava putem satelita i stavljanju izvan snage Uredbe Vijeća (EZ) br. 876/2002 i Uredbe (EZ) br. 683/2008 Europskog parlamenta i Vijeća (SL 2013., L 347, str. 1.), cilj je programa Galileo uspostava europskog sustava za satelitsku navigaciju i određivanje položaja koja je posebno projektirana za civilne svrhe, koji se sastoji od konstelacije satelita i globalne mreže zemaljskih postaja.

4 U skladu s člankom 12. stavkom 1. Uredbe br. 1285/2013, Komisija snosi cjelokupnu odgovornost za programe Galileo i, u skladu s člankom 15. stavkom 1. iste uredbe, za fazu uvođenja tog programa, ona mora sklopiti sporazum o delegiranju s Europskom svemirskom agencijom (ESA), podrobno navodeći njezine zadatke, osobito što se tiče nabave sustava.

5 U okviru sporazuma o delegiranju sklopljenog između Komisije i ESA-e za fazu uvođenja programa Galileo, ESA je zadužena za organizaciju postupaka javne nabave koji se odnose na taj program, a Komisija je i dalje javni naručitelj.

[1] Navedene su samo one točke ove presude za koje Opći sud smatra da ih je korisno objaviti.

6 Pozivom na nadmetanje od 15. svibnja 2018., objavljenim u Dodatku *Službenom listu Europske unije* od 15. svibnja 2018. i na internetskoj stranici „emits.esa.int”, ESA je, djelujući u ime i za račun Komisije, pokrenula postupak javne nabave koji se odnosi na nabavu prijelaznih satelita Galileo u obliku natjecateljskog dijaloga (u daljnjem tekstu: sporni natjecateljski dijalog). Postupak je pokrenut u tom obliku jer je Komisija već utvrdila i definirala svoje potrebe, ali još nije definirala precizna sredstva najprikladnija za odgovor na njih.

7 Sporni natjecateljski dijalog odnosio se na nabavu početnog broja od četiri (a može ih biti do dvanaest) prijelaznih satelita Galileo koji imaju razvijena obilježja kako bi se osigurao prelazak s prve na drugu generaciju satelita Galileo. Odlučeno je da će se koristiti više izvora nabave, u skladu s člankom 19. točkom (d) Uredbe br. 1285/2013, na temelju kojeg bi se mogla odabrati dva odabrana ponuditelja i potpisati dva ugovora za paralelnu isporuku planiranog broja od dva satelita za svakoga.

8 Dodjela ugovora temeljila se na ekonomski najpovoljnijoj ponudi, s obzirom na dva kriterija za dodjelu, kriterij cijene, ponderirane na 35 % i kvalitete, općenito ponderirane na 65 %. Kriterij kvalitete dijelio se na pet potkriterija. Prvi potkriterij, ponderiran na 10 %, odnosio se na prikladnost i relevantnost ljudskih i tehničkih resursa i postrojenja koje je predložio ponuditelj u pogledu tehničkog i programskog rješenja opisanog u ponudi. Drugi potkriterij, ponderiran na 25 %, odnosio se na razumijevanje zahtjeva i ciljeva, uključujući u području sigurnosti, na kvalifikacije i stupanj zrelosti predloženog projekta, na prikladnost, kvalitetu i čvrstoću predloženog projekta te na poštovanje tehničkih uvjeta. Treći potkriterij, ponderiran na 30 %, odnosio se na kvalitetu i primjerenost programa rada, poštovanje specifikacija, primjerenost tehničkog planiranja i pristup u području testova i ispitivanja, na ispitivanje rizika i prijedloge smanjenja rizika, uključujući tehnološku diversifikaciju. Četvrti potkriterij, ponderiran na 25 %, odnosio se na prikladnost upravljanja, na izračun troškova i planiranje izvršenja radova. Peti potkriterij, ponderiran na 10 %, odnosio se na poštovanje uvjeta iz poziva na podnošenje ponuda i uvjeta ugovora.

9 Sporni natjecateljski dijalog odvijao se u tri faze. Prve dvije faze odvijale su se u skladu s odredbama Uredbe br. 1285/2013 i Uredbe (EU, Euratom) br. 966/2012 Europskog parlamenta i Vijeća od 25. listopada 2012. o financijskim pravilima koja se primjenjuju na opći proračun Unije i o stavljanju izvan snage Uredbe Vijeća (EZ, Euratom) br. 1605/2002 (SL 2012., L 298, str. 1.) (SL posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 1., svezak 7., str. 248.) i Delegirane uredbe Komisije (EU) br. 1268/2012 od 29. listopada 2012. o pravilima za primjenu Uredbe br. 966/2012 (SL 2012., L 362, str. 1.) (SL posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 1., svezak 9., str. 183.). Treća faza se odvijala u skladu s odredbama Uredbe br. 1285/2013 te Uredbe (EU, Euratom) 2018/1046 Europskog parlamenta i Vijeća od 18. srpnja 2018. o financijskim pravilima koja se primjenjuju na opći proračun Unije, o izmjeni uredaba (EU) br. 1296/2013, (EU) br. 1301/2013, (EU) br. 1303/2013, (EU) br. 1304/2013, (EU) br. 1309/2013, (EU) br. 1316/2013, (EU) br. 223/2014, (EU) br. 283/2014 i Odluke br. 541/2014/EU te o stavljanju izvan snage Uredbe (EU, Euratom) br. 966/2012 (SL 2018., L 193, str. 1., u daljnjem tekstu: Financijska uredba).

10 Prva faza spornog natjecateljskog dijaloga započela je u svibnju 2018. ESA-inom objavom „poziva na podnošenje zahtjeva za sudjelovanje”.

11 S obzirom na zaprimljene zahtjeve za sudjelovanje, ESA je odabrala tri ponuditelja, odnosno tužitelja, Airbus Defence and Space GmbH (u daljnjem tekstu: ADS) i Thales Alenia Space Italia (u daljnjem tekstu: TASI) (u daljnjem tekstu zajedno: ponuditelji).

12 Druga faza započela je u srpnju 2018. te se odnosila na pronalaženje i utvrđivanje sredstava prikladnih da najbolje udovolje potrebama javnog naručitelja. ESA je najprije pozvala ponuditelje da dostave „prethodnu ponudu” te im je među ostalim poslala „posebne uvjete poziva na nadmetanje za poziv na podnošenje prethodne ponude”. Kao drugo, ESA je nakon razdoblja dijaloga pozvala ponuditelje da dostave „revidiranu ponudu” te im je među ostalim poslala „uvjete poziva na nadmetanje za poziv na podnošenje revidirane ponude”. Tužitelj je 26. rujna 2018. podnio svoju prethodnu ponudu te je 11. listopada 2019. podnio svoju revidiranu ponudu.

13 Treća faza započela je u kolovozu 2020. i ESA je nakon drugog razdoblja dijaloga pozvala ponuditelje da dostave svoju „konačnu ponudu” te im je među ostalim poslala „uvjete poziva na nadmetanje za poziv na podnošenje konačne ponude”. Tužitelj je 11. listopada 2020. podnio svoju konačnu ponudu.

14 Između listopada i prosinca 2020. konačne ponude ponuditelja ocijenio je odbor za evaluaciju, koji se sastojao od predstavnika ESA-e, Agencije za europski globalni navigacijski satelitski sustav (GNSS) (GSA) i Komisije, koja je predstavila rezultate ocjene u izvješću o evaluaciji (u daljnjem tekstu: izvješće o evaluaciji).

15 Dopisom od 23. prosinca 2020. upućenim Komisiji, među ostalim, s kopijom upućenom ESA-i (u daljnjem tekstu: dopis od 23. prosinca 2020.), tužitelj je u biti zatražio od Komisije da, kao prvo, obustavi sporni natjecateljski dijalog zbog „sumnje da je zaposlenik ADS-a povrijedio poslovnu tajnu”, zatim da istraži to pitanje i naposljetku, po potrebi, isključi ADS iz spornog natjecateljskog dijaloga.

16 U tom dopisu, tužitelj je izvijestio Komisiju, u biti, o sljedećem: kao prvo, [*povjerljivo*] [2] (u daljnjem tekstu: bivši zaposlenik) radio je za tužitelja od 22. prosinca 2016. do kraja studenoga 2019. te je kao glavni upravni direktor imao širok pristup podacima projekta i sudjelovao u pripremi ponude koju je tužitelj podnio u okviru spornog natjecateljskog dijaloga. Konkretno, on je bio uključen u „strategiju” tehničkog dijela njegove ponude kao i u „strategiju” u vezi s cijenom i izračunom cijene. Kao drugo, on i tužitelj su 11. studenoga 2019., nakon zahtjeva bivšeg zaposlenika u tom smislu, potpisali prijevremeni raskid njegova ugovora o radu. Kao treće, ADS je u prosincu 2019. zaposlio bivšeg zaposlenika te je isti tijekom 2020. bio zaposlen na radnom mjestu u ADS-u koji ga je postavio na čelo odjela zaduženog za ponudu koju je podnio u okviru spornog natjecateljskog dijaloga. Osim toga, postojali su indicije prema kojima je bivši zaposlenik od tužitelja dobio osjetljive informacije koje su društvu ADS mogle donijeti nepoštenu prednost u okviru spornog natjecateljskog dijaloga. Kao četvrto, tužitelj je naložio analizu računala koje je bivši zaposlenik kod njega upotrebljavao, koja je dovela do dokumenata koji dokazuju da je, kao prvo, imao namjeru promijeniti poslodavca od lipnja 2019., zatim, da je u okviru pregovora o njegovu zaposlenju u ADS-u, među ostalim, naveo potonjem da će njegovim zapošljavanjem imati prednosti u projektima u kojima je bio u konkurenciji s tužiteljem i, naposljetku, nađene su indicije da je bivši zaposlenik kopirao tužiteljeve povjerljive datoteke. Kao peto, prethodno navedene okolnosti bile su predmet kaznene istrage koju je nadležno državno odvjetništvo provelo u Njemačkoj nakon prijave koju je tužitelj podnio u ožujku 2020. protiv bivšeg zaposlenika.

[2] Povjerljivi podaci su izostavljeni.

17 Na temelju izvješća o evaluaciji, Komisija je odlučila da neće prihvatiti tužiteljevu ponudu te da će prihvatiti ponude društava TASI i ADS. ESA je dopisom od 19. siječnja 2021. i telefaksom od 22. siječnja 2021. tužitelju dostavila pobijane odluke.

18 ESA je dopisom od 19. siječnja 2021. obavijestila tužitelja o odluci da ne prihvati njegovu ponudu zato što nije bila ekonomski najpovoljnija ponuda. U prilogu tom dopisu poslala mu je izvadak iz evaluacije, koju je proveo odbor za evaluaciju, njegove konačne ponude s obzirom na pet potkriterija kriterija kvalitete.

19 Nakon toga, tužitelj je zatražio od ESA-e telefaksom od 20. siječnja 2021. da mu dostavi informacije odabranih ponuditelja, karakteristike i relativne prednosti njihovih ponuda, ukupnu cijenu korištenu za utvrđivanje rangiranja i detaljnu evaluaciju vlastite ponude.

20 Dopisom od 20. siječnja 2021. Komisija je, pozivajući se na dopis od 23. prosinca 2020., obavijestila tužitelja da, kao prvo, ne postoje dostatni razlozi da bi se opravdala obustava spornog natjecateljskog dijaloga u toj fazi, kao drugo, navodi o nezakonitom prisvajanju tužiteljeve poslovne tajne već su bili predmet istrage nacionalnih tijela, na čije se zaključke mogao osloniti i poduzeti dodatne mjere, ako je to potrebno, i, kao treće, da ti navodi nisu utvrđeni pravomoćnom presudom ili konačnom upravnom odlukom u smislu članka 136. stavka 1. Financijske uredbe i prema tome ne postoji razlog za isključenje ADS-a iz spornog natjecateljskog dijaloga.

21 ESA je telefaksom od 22. siječnja 2021. tužitelju dostavila imena odabranih ponuditelja, odnosno TASI i ADS, ukupnu cijenu i konačno razvrstavanje njihovih ponuda, kao i njihovo razvrstavanje prema pet potkriterija kriterija kvalitete. U prilogu tom dopisu ESA je tužitelju poslala detaljne rezultate ocjene njegove ponude s obzirom na pet potkriterija kriterija kvalitete.

22 Ponude ponuditelja razvrstane su na sljedeći način: TASI-jeva ponuda na prvom mjestu, ADS-ova ponuda na drugom mjestu i tužiteljeva ponuda na trećem mjestu. Te su ponude evaluirane s obzirom na dva kriterija dodjele navedena u točki 8. ove presude. Što se tiče kriterija kvalitete, ponude TASI-ja, ADS-a i tužitelja bile su razvrstane na prvo, drugo i treće mjesto. Što se tiče kriterija cijene, ADS-ove ponude s ukupnom cijenom od 707 679 174,75 eura, TASI-jeve ponude s ukupnom cijenom od 804 127 000,00 eura i tužiteljeve ponude s ukupnom cijenom od 822 786 000,00 eura, bile su razvrstane na prvo, drugo i treće mjesto.

23 Dopisom od 28. siječnja 2021. tužitelj je od Komisije zatražio, kao prvo, da isključi ADS iz spornog natjecateljskog dijaloga, kao drugo, da izmijeni pobijane odluke tako da mu dodijeli ugovor, kao treće, da mu odobri pristup potpunom spisu spornog natjecateljskog dijaloga i izvješću o evaluaciji i, kao četvrto, da ne potpisuje ugovore sve dok se ne donese odluka o prigovorima koje je istaknuo. U tom dopisu tužitelj je tvrdio da ADS treba isključiti jer je, s jedne strane, povrijedio načelo tajnosti natjecanja time što je uključio bivšeg zaposlenika u pripremu svoje ponude i, s druge strane, jer je njegova ponuda bila izuzetno niska.

Zahtjevi stranaka

24 Tužitelj od Općeg suda zahtijeva da:

– poništi pobijane odluke;

– naloži Komisiji da mu odobri pristup spisu spornog natjecateljskog dijaloga;

– naloži Komisiji snošenje troškova.

25 Komisija od Općeg suda zahtijeva da:

– tužbu djelomično odbaci kao nedopuštenu i djelomično odbije kao neosnovanu;

– tužitelju naloži snošenje troškova.

26 Talijanska Republika i ADS od Općeg suda zahtijevaju da odbije tužbu.

Pravo

[*omissis*]

Meritum

[*omissis*]

Prvi tužbeni razlog, koji se temelji na povredi kriterija za isključenje predviđenih u članku 136. Financijske uredbe kao i načela jednakog postupanja i „tajnog tržišnog natjecanja”

[*omissis*]

– Prvi dio prvog tužbenog razloga, koji se temelji na povredi razloga za isključenje predviđenih člankom 136. Financijske uredbe

53 Kao prvo, tužitelj tvrdi da odluka o dodjeli dijela ugovora ADS-u povređuje članak 136. i članak 167. stavak 1. točku (b) Financijske uredbe jer je trebao biti isključen iz spornog natjecateljskog dijaloga.

54 Najprije, tužitelj tvrdi da je ADS trebao biti isključen iz spornog natjecateljskog dijaloga na temelju članka 136. stavka 1. točke (c) podtočaka ii. i v. Financijske uredbe, zbog, s jedne strane, presumpcije protutržišnog sporazuma ili prešutnog zabranjenog sporazuma između ADS-a i bivšeg zaposlenika radi narušavanja tržišnog natjecanja s tužiteljem u okviru spornog natjecateljskog dijaloga i, s druge strane, zbog činjenice da se može smatrati da je ADS zapošljavanjem bivšeg zaposlenika pokušao dobiti tužiteljeve povjerljive informacije zbog kojih je mogao dobiti nepoštenu prednost prilikom spornog natjecateljskog dijaloga.

55 Nadalje, tužitelj tvrdi da je, u nedostatku pravomoćne presude ili konačne upravne odluke, ADS trebao biti isključen na temelju preliminarne pravne ocjene predviđene člankom 136. stavkom 2. Financijske uredbe. Štoviše, tvrdi da je Komisija trebala istražiti činjenice i pribaviti informacije od ADS-a.

56 Naposljetku, tužitelj tvrdi da je ADS trebao biti isključen na temelju članka 136. stavka 4. točke (a) Financijske uredbe, jer je bivši zaposlenik u ADS-u imao upravljačku funkciju i nalazio se u jednoj od situacija iz članka 136. stavka 1. točke (c) Financijske uredbe.

57 Komisija i intervenijenti osporavaju te argumente.

58 Uvodno valja istaknuti da članak 167. stavak 1. točka (b) Financijske uredbe predviđa da se ugovori dodjeljuju na temelju kriterija za dodjelu, pod uvjetom da je javni naručitelj provjerio da natjecatelj ili ponuditelj nije bio isključen na temelju članka 136., ni odbijen na temelju članka 141. iste uredbe.

59 Kad je riječ o kriterijima za isključenje, iz članka 136. stavka 1. Financijske uredbe proizlazi da „[o]dgovorni dužnosnik za ovjeravanje isključuje osobu ili subjekt iz članka 135. stavka 2. iz sudjelovanja u postupcima dodjele uređenima ovom Uredbom […] u sljedećim situacijama za isključenje" iz članka 136. stavka 1. točaka (a) do (h) te uredbe. Konkretno, u skladu s člankom 136. stavkom 1. točkom (c), podtočkama (ii.) i (v.) navedene uredbe, „[o]dgovorni dužnosnik za ovjeravanje isključuje osobu ili subjekt iz članka 135. stavka 2. iz sudjelovanja u postupcima dodjele uređenima ovom Uredbom […] ako je (c) pravomoćnom presudom ili konačnom upravnom odlukom utvrđeno da je osoba ili subjekt kriv za tešku povredu dužnosti […] uključujući osobito bilo što od sljedećeg: […] (ii.) dogovaranje s drugim osobama ili subjektima s ciljem narušavanja tržišnog natjecanja; [ili] (v.) pokušaj da osoba ili subjekt pribavi povjerljive informacije zahvaljujući kojima bi imao nepoštenu prednost u postupku dodjele".

60 Usto, na temelju članka 136. stavka 4. točke (a) Financijske uredbe, odgovorni dužnosnik za ovjeravanje isključuje osobu ili subjekt iz članka 135. stavka 2. „ako se fizička ili pravna osoba koja je član upravnog, upravljačkog ili nadzornog tijela osobe ili subjekta iz članka 135. stavka 2. ili koja ima ovlasti zastupanja, donošenja odluka ili kontrole u odnosu na tu osobu ili subjekt nalazi u jednoj ili više situacija iz stavka 1. točaka (c) do (h) članka [136.]".

61 Nadalje, članak 136. stavak 2. prvi podstavak Financijske uredbe određuje da „[u] nedostatku pravomoćne presude ili, ako je to primjenjivo, konačne upravne odluke u slučajevima iz stavka 1. točaka (c), (d), (f), (g) i (h) [ovog članka], odgovorni dužnosnik za ovjeravanje isključuje osobu ili subjekt iz članka 135. stavka 2. na temelju preliminarne pravne ocjene postupanja iz točaka [(c), (d), (f), (g) i (h)], uzimajući u obzir utvrđene činjenice ili druge nalaze sadržane u preporuci povjerenstva iz članka 143. [ove uredbe]".

62 Iz gore navedenih odredbi osobito proizlazi da javni naručitelj isključuje ponuditelja iz sudjelovanja u postupku javne nabave ako se navedeni ponuditelj nalazi u jednoj ili više situacija koje odgovaraju trima kriterijima za isključenje navedenima u točkama 59. do 61. ove presude.

63 Stoga prvi kriterij za isključenje, predviđen u članku 136. stavku 1. točkama (c), podtočkama ii. i v. u vezi s člankom 135. stavkom 2. točkom (a) Financijske uredbe, odgovara situacijama u kojima je pravomoćnom presudom ili konačnom upravnom odlukom utvrđeno da je ponuditelj počinio tešku povredu dužnosti zbog postupanja iz članka 136. stavka 1. točke (c) podtočaka ii. i v. Financijske uredbe, odnosno dogovaranja s drugim osobama ili subjektima s ciljem narušavanja tržišnog natjecanja ili pokušaja da osoba ili subjekt pribavi povjerljive informacije zahvaljujući kojima bi imao nepoštenu prednost u postupku dodjele.

64 Drugi kriterij isključenja predviđen u članku 136. stavku 4. točki (a) u vezi s člankom 135. stavkom 2. točkom (a) i člankom 136. stavkom 1. točkom (c) podtočkama ii. i v. Financijske uredbe odgovara situacijama u kojima je pravomoćnom presudom ili konačnom upravnom odlukom utvrđeno da je fizička ili pravna osoba koja je član upravnog, upravljačkog ili nadzornog

tijela ponuditelja ili koja ima ovlasti zastupanja, donošenja odluka ili kontrole u odnosu na tu osobu ili subjekt počinila tešku povredu dužnosti zbog postupanja iz članka 136. stavka 1. točke (c) podtočaka ii. i v. Financijske uredbe.

65 Treći kriterij isključenja predviđen člankom 136. stavkom 2. prvim podstavkom u vezi s člankom 135. stavkom 2. točkom (a), člankom 136. stavkom 1. točkom (c) podtočkama ii. i v. i člankom 143. stavkom 6. točkom (a) Financijske uredbe odgovara situacijama u kojima je, u nedostatku pravomoćne presude ili konačne upravne odluke na temelju preliminarne pravne ocjene postupanja sadržane u preporuci povjerenstva iz članka 143. Financijske uredbe (u daljnjem tekstu: povjerenstvo) utvrđeno da je ponuditelj počinio tešku povredu dužnosti zbog postupanja iz članka 136. stavka 1. točke (c) podtočaka ii. i v. navedene uredbe. U skladu s člankom 135. stavkom 4. Financijske uredbe, javni naručitelj može donijeti odluku o isključenju ponuditelja na temelju preliminarne pravne ocjene iz članka 136. stavka 2. samo nakon što dobije preporuku povjerenstva.

66 U ovom slučaju uvjeti primjene prvog kriterija za isključenje, koji su navedeni u točki 63. ove presude, nisu ispunjeni. Naime, među strankama nije sporno da u trenutku spornog natjecateljskog dijaloga nije u vezi s ADS-om postojala nikakva pravomoćna presuda niti ikakva konačna upravna odluka u smislu članka 136. stavka 1. točke (c) Financijske uredbe.

67 Što se tiče drugog kriterija za isključenje, iz odredbi Financijske uredbe navedenih u točki 64. ove presude proizlazi da se ponuditelj može isključiti samo ako je teška povreda dužnosti fizičke ili pravne osobe koja je član njezina upravnog, upravljačkog ili nadzornog tijela utvrđena pravomoćnom presudom ili konačnom upravnom odlukom.

68 Međutim, čak i pod pretpostavkom da se bivši zaposlenik može smatrati članom upravnog, upravljačkog ili nadzornog tijela ADS-a, u smislu članka 136. stavka 4. točke (a) Financijske uredbe, uopće ne proizlazi iz spisa da postoji pravomoćna presuda ili konačna upravna odluka u vezi s bivšim zaposlenikom, te to tužitelj uostalom nije ni tvrdio. Naime, što se tiče postupanja bivšeg zaposlenika, iz spisa proizlazi da je pritužba koju je tužitelj podnio protiv njega nadležnom državnom odvjetništvu u Njemačkoj obustavljena odlukom od 10. prosinca 2020. i da je „upravna pritužba” koju je tužitelj podnio protiv te odluke o obustavi odbijena odlukom nadležnog državnog odvjetništva 1. ožujka 2021.

69 Stoga u ovom slučaju nije dokazana povreda prvog i drugog kriterija za isključenje, spomenutih u točkama 63. i 64. ove presude.

70 Što se tiče trećeg kriterija isključenja, valja podsjetiti na to da se, kao što to proizlazi iz točke 65. ove presude, ponuditelj iz postupka javne nabave može isključiti samo na temelju preliminarne pravne ocjene njegova postupanja, uzimajući u obzir utvrđene činjenice ili druge nalaze sadržane u preporuci povjerenstva.

71 U ovom je slučaju nesporno da Komisija nije pokrenula postupak pred tim tijelom. S obzirom na navedeno, postavlja se pitanje je li Komisija, time što to nije učinila, povrijedila svoje obveze koje proizlaze iz članka 136. stavka 2. prvog podstavka i članka 143. Financijske uredbe kršeći treći kriterij za isključenje.

72 Uvodno, potrebno je iznijeti nekoliko pojašnjenja u vezi s pokretanjem postupka i preliminarne pravne ocjene na temelju koje se ponuditelj može isključiti iz postupka javne nabave.

73 Kao prvo, svrha pokretanja postupka pred povjerenstvom kako bi se dobila preporuka koja, ovisno o slučaju, sadržava preliminarnu pravnu ocjenu postupanja ponuditelja na temelju kojeg se on može isključiti iz postupka javne nabave, zaštita je financijskih interesa Unije od postupanja koja predstavljaju rizik za te interese. Naime, članak 135. stavak 1. prvi podstavak Financijske uredbe određuje da „[k]ako bi se zaštitili financijski interesi Unije Komisija uspostavlja sustav ranog otkrivanja i isključenja te upravlja njime". Prema članku 135. stavku 1. drugom podstavku Financijske uredbe, svrha je tog sustava olakšati „(a) rano otkrivanje osoba ili subjekata iz stavka 2. koji predstavljaju rizik za financijske interese Unije" i „(b) isključenje osoba ili subjekata iz stavka 2. koji se nalaze u jednoj od situacija za isključenje iz članka 136. stavka 1.".

74 Kao drugo, preliminarna pravna ocjena pripada isključivo povjerenstvu, i to „kako bi se osigurala centralizirana procjena tih situacija" u okviru sustava ranog otkrivanja i isključenja, u skladu s člankom 135. stavkom 4. Financijske uredbe.

75 Kao treće, preliminarna pravna ocjena nužno se odnosi na postupanja samih ponuditelja. Kao što to proizlazi iz odredbi navedenih u točkama 61. i 65. ove presude, preliminarna pravna ocjena može se odnositi samo na činjenice ili druge nalaze iz članka 136. stavka 1. točaka (c), (d), (f), (g) i (h) te uredbe i, prema tome, na postupanja samo osoba ili subjekata iz članka 135. stavka 2. navedene uredbe.

76 Kao četvrto, preliminarna pravna ocjena odnosi se na činjenice ili nalaze koji su u biti utvrđeni u okviru revizija ili istraga nadležnih tijela Unije ili, ovisno o slučaju, država članica. U tom pogledu valja podsjetiti na to da članak 142. stavak 2. točke (b) i (c) Financijske uredbe predviđa da se rano otkrivanje rizika koji ugrožavaju financijske interese Unije temelji na dostavi informacija Komisiji, među ostalim, od strane njezina dužnosnika za ovjeravanje, europskog ureda koji je ona osnovala ili izvršne agencije (članak 142. stavak 2. točka (b) Financijske uredbe) ili institucije Unije, europskog ureda, agencije osim onih iz članka 142. stavka 2. točke (b) navedene uredbe (članak 142. stavak 2. točka (b) Financijske uredbe) (vidjeti po analogiji presudu od 16. svibnja 2019., Transtec/Komisija, T-228/18, EU:T:2019:336, t. 52.).

77 Također valja podsjetiti na to da članak 136. stavak 2. četvrti podstavak Financijske uredbe određuje sljedeće:

„Činjenice i nalazi iz prvog podstavka posebno uključuju:

(a) činjenice utvrđene u kontekstu revizija ili istraga koje provodi EPPO u pogledu onih država članica koje sudjeluju u pojačanoj suradnji na temelju Uredbe (EU) 2017/1939, Revizorski sud, OLAF ili unutarnji revizor, ili bilo koje druge provjere, revizije ili kontrole za čiju je provedbu odgovoran dužnosnik za ovjeravanje;

(b) upravne odluke koje nisu konačne, a koje mogu uključivati stegovne mjere koje izriče nadležno nadzorno tijelo odgovorno za provjeru primjene normi profesionalne etike;

(c) činjenice iz odluka osoba i subjekata koji izvršavaju sredstva Unije u skladu s člankom 62. stavkom 1. prvim podstavkom točkom (c);

(d) informacije koje su u skladu s člankom 142. stavkom 2. točkom (d) dostavili subjekti koji izvršavaju sredstva Unije u skladu s člankom 62. stavkom 1. prvim podstavkom točkom (b);

(e) odluke Komisije u vezi s kršenjem prava Unije o tržišnom natjecanju ili nacionalnog nadležnog tijela u vezi s kršenjem prava Unije ili nacionalnog prava tržišnog natjecanja.”

78 Kao peto, javni naručitelj mora pokrenuti postupak pred povjerenstvom iz članka 143. Financijske uredbe samo ako utvrđene činjenice kojima raspolaže predstavljaju dovoljne indicije za utvrđivanje predmnjeve ponuditeljeve krivnje. Kao što je to Opći sud već presudio, iz svih gore navedenih odredbi proizlazi da, u slučaju nepostojanja pravomoćne presude ili konačne upravne odluke u vezi s ponuditeljem javni naručitelj mora – u slučaju kada raspolaže dovoljnim indicijama za utvrđivanje predmnjeve da je navedeni ponuditelj kriv, među ostalim, za tešku povredu dužnosti – uputiti slučaj povjerenstvu kako bi ono dalo preporuku koja, prema potrebi, sadržava preliminarnu pravnu ocjenu spornih činjenica (vidjeti po analogiji presudu od 16. svibnja 2019., Transtec/Komisija, T-228/18, EU:T:2019:336, t. 53.).

79 Osim toga, kao prvo, valja istaknuti da je zahtjev za raspolaganje dovoljnim indicijama kako bi se pokrenuo postupak pred povjerenstvom u skladu s ciljevima sustava koji se, među ostalim, odnosi na rano otkrivanje i isključenje ponuditelja čije ponašanje predstavlja rizik za financijske interese Unije (vidjeti točku 73. ove presude). Kao drugo, taj zahtjev proizlazi iz načela dobrog financijskog upravljanja i uspješnosti (vidjeti glavu II. poglavlje 7. Financijske uredbe), jer se izbjegava otezanje postupka javne nabave bez valjanog razloga. Kao treće, taj je zahtjev posljedica uloge povjerenstva, koje nije zaduženo za provođenje istrage, nego mora dati preporuku koja, ovisno o slučaju, sadržava preliminarnu pravnu ocjenu koja se odnosi na činjenice i nalaze prethodno utvrđene u okviru revizija ili istraga koje provode nadležna tijela, osobito Unije (vidjeti točku 76. ove presude). Kao četvrto, zahtjev za dovoljnim indicijama proizlazi iz dosega preliminarne pravne ocjene jer je ona usmjerena na postupanje ponuditelja u slučaju da nema pravomoćne presude ili konačne odluke (vidjeti točku 65. ove presude) i stoga se ne može temeljiti na običnim sumnjama.

80 S obzirom na sve prethodno navedeno, valja provjeriti je li u ovom slučaju Komisija bila dužna obratiti se povjerenstvu kako bi ono dalo preporuku koja, prema potrebi, sadržava preliminarnu pravnu ocjenu u pogledu postupanja ADS-a. Stoga valja provjeriti je li Komisija raspolagala s dovoljno indicija na temelju kojih se može pretpostaviti da je ADS kriv za tešku povredu dužnosti koja ugrožava financijske interese Unije, uključujući, osobito, dogovaranje s drugim osobama ili subjektima s ciljem narušavanja tržišnog natjecanja ili pokušaj da osoba ili subjekt pribavi povjerljive informacije zahvaljujući kojima bi imao nepoštenu prednost u spornom natjecateljskom dijalogu.

81 U ovom slučaju iz spisa i izlaganja glavnih stranaka proizlazi da je jedini dokaz kojim je Komisija raspolagala o navodnom protupravnom ponašanju ADS-a bio dopis od 23. prosinca 2020. Tim je dopisom tužitelj u biti zatražio od Komisije da obustavi sporni natjecateljski dijalog zbog „sumnje da je zaposlenik ADS-a povrijedio poslovnu tajnu”, što je, prema njegovu mišljenju, proizlazilo iz činjeničnih elemenata o kojima je obavijestio Komisiju, zatim da istraži to pitanje i, naposljetku, da isključi ADS iz spornog natjecateljskog dijaloga (vidjeti točku 15. ove presude).

82 U tom pogledu, kao prvo, valja napomenuti da navodi koje je tužitelj iznio u dopisu od 23. prosinca 2020. navedeni u točki 16. ove presude nisu obuhvaćeni činjenicama i nalazima iz članka 136. stavka 2. četvrtog podstavka točaka (a) do (e) Financijske uredbe.

83 Kao drugo, valja istaknuti da, iako je tužitelj pred nadležnim nacionalnim tijelima pokrenuo istražni postupak u vezi s činjenicama o kojima je riječ, navedeni je postupak proveden nakon njegove pritužbe o povredi zakonodavstva Savezne Republike Njemačke o poslovnim tajnama, koju je navodno počinio njegov bivši zaposlenik, a ne ADS (vidjeti točku 16. ove presude).

84 Međutim, kao što to proizlazi iz točke 75. ove presude, preliminarna pravna ocjena predviđena člankom 136. stavkom 2. Financijske uredbe i stoga pokretanje postupka pred povjerenstvom može se odnositi samo na postupanja samih ponuditelja. Stoga navodno ponašanje bivšeg zaposlenika navedeno u dopisu od 23. prosinca 2020. ne može biti dovoljna indicija za pokretanje postupka pred navedenim povjerenstvom.

85 Kao treće, valja istaknuti da dopisu od 23. prosinca 2020. nije bio priložen ni jedan dokaz kojim bi se potkrijepili navodi koji su u njemu navedeni.

86 Iz toga slijedi da se tvrdnje navedene u dopisu od 23. prosinca 2020. ne mogu smatrati činjenicama ili nalazima koje mogu predstavljati dostatne indicije za potporu predmnjeve o krivnji ADS-a, koja bi opravdavala pokretanje postupka pred povjerenstvom.

87 U tom kontekstu valja provjeriti je li Komisija ipak bila obvezna istražiti tvrdnje navedene u dopisu od 23. prosinca 2020.

88 U tom pogledu, s jedne strane, valja istaknuti da u dopisu od 23. prosinca 2020. tužitelj nije spominjao nikakvo ponašanje društva ADS, osim činjenice da je ono zaposlilo njegova bivšeg zaposlenika (vidjeti točku 16. ove presude). Međutim, načelno činjenica da je tijekom postupka javne nabave jedan ponuditelj zaposlio bivšeg zaposlenika drugog ponuditelja ne predstavlja, sama po sebi, naznaku ponašanja tog prvog ponuditelja koje može predstavljati tešku povredu dužnosti. Suprotno tomu, sudjelovanje u postupku javne nabave ne može predstavljati prepreku izvršavanju, tijekom navedenog postupka, prava ponuditelja (i njihovih zaposlenika ili bivših zaposlenika) da sklope ugovore o radu ili obavljaju aktivnosti obuhvaćene radnim pravom.

89 S druge strane, valja istaknuti da je tužitelj u dopisu od 23. prosinca 2020. naveo određena ponašanja koja nisu ADS-ova, nego njegova bivšeg zaposlenika. Konkretnije, naveo je činjenicu da je na računalu svojeg bivšeg zaposlenika pronašao motivacijsko pismo od 21. lipnja 2019., upućeno izvršnom potpredsjedniku ADS-a, u kojem je bivši zaposlenik među ostalim naveo da je njegov prelazak od tužitelja u ADS „mogao također promijeniti izglede i konkurentski položaj [tužitelja] u odnosu na [ADS] što se tiče ciljeva budućih nabava”. Tužitelj je u dopisu od 23. prosinca 2020. također tvrdio da analiza računala bivšeg zaposlenika dokazuje da je on mogao kopirati relevantne podatke koje je primio u okviru pripreme svoje ponude za sporni natjecateljski dijalog, odnosno pojedinosti i tehničke koncepte, strategije ponuda, evaluaciju konkurentnosti, strategije cijena i pojedinosti o cijenama. U tom istom dopisu tužitelj je također tvrdio da je od travnja 2020., odnosno nekoliko mjeseci nakon što ga je zaposlio, ADS imenovao bivšeg zaposlenika na čelu subjekta angažiranog u spornom natjecateljskom dijalogu, odnosno „Head of Space Systems Germany”, u kojem je obavljao iste poslove kao što su oni koje je prethodno obnašao kod njega.

90 Valja utvrditi da je tim navodima tužitelj u biti tvrdio da je njegov bivši zaposlenik povrijedio svoju poslovnu tajnu jer je nezakonito pribavio njegove osjetljive informacije koje su ADS-u mogle dati nepoštenu prednost tijekom spornog natjecateljskog dijaloga (vidjeti točku 16. ove presude).

91 Međutim, takva povreda, čak i pod pretpostavkom da je dokazana, u svakom slučaju ne predstavlja indiciju postupanja samog ADS-a i stoga se njome ne može utvrditi pretpostavka njegove krivnje.

92 Osim toga, valja utvrditi da tužitelj u dopisu od 23. prosinca 2020. nije iznio ni jedan konkretan argument kojim bi dokazao da je ADS, među ostalim posredstvom bivšeg zaposlenika, dobio bilo kakvu osjetljivu informaciju i koristio je u okviru spornog natjecateljskog dijaloga. Nasuprot tomu,

tužitelj je u navedenom dopisu samo tvrdio da je ADS od njega mogao pribaviti osjetljive informacije koje su mu mogle donijeti nepoštenu prednost u okviru spornog natjecateljskog dijaloga (vidjeti točku 16. ove presude). Ta nejasna i hipotetska tvrdnja ne može biti dovoljna indicija u smislu sudske prakse navedene u točki 78. ove presude.

93 Naime, dopis od 23. prosinca 2020. nije sadržavao ni jedan konkretan element na temelju kojeg bi se mogle utvrditi navodne osjetljive informacije tužitelja, koje je bivši zaposlenik mogao dobiti, prenesene ADS-u i koje je on koristio u okviru spornog natjecateljskog dijaloga, čime mu je dodijeljena nepoštena prednost. U navedenom dopisu tužitelj je samo naveo da je bivši zaposlenik bio uključen u „strategiju" tehničkog dijela i u „strategiju" u vezi s cijenom i izračunom cijene njegove ponude. Te preopćenite tvrdnje ne pružaju nikakvu konkretnu naznaku koja bi omogućila identifikaciju navodnih osjetljivih informacija o kojima bi moglo biti riječ.

94 Konkretno, tužitelj ni u jednom trenutku u dopisu od 23. prosinca 2020. ne spominje nikakav tehnički element njegove ponude koji je njegov bivši zaposlenik dostavio ADS-u te ga je on nepošteno upotrijebio u spornom natjecateljskom dijalogu. Isto tako, u navedenom dopisu nije pojašnjena „strategija" cijene tužiteljeve ponude o kojoj je bivši zaposlenik imao saznanja.

95 Osim toga, valja istaknuti da iz dopisa od 23. prosinca 2020. proizlazi da je bivši zaposlenik napustio tužitelja kratko vrijeme nakon podnošenja njegove revidirane ponude u okviru druge faze spornog natjecateljskog dijaloga. Tako bivši zaposlenik ni u kojem slučaju nije mogao imati informacije o dijalogu koji se odvijao između tužitelja i ESA-e u trećoj fazi, ni o sadržaju tužiteljeve konačne ponude, koja je podnesena u listopadu 2020., odnosno gotovo godinu dana nakon što je bivši zaposlenik napustio tužitelja (vidjeti točke 13. i 16. ove presude). Štoviše, kao što to proizlazi iz spisa i iz odgovora Komisije na pitanja koja joj je Opći sud postavio na raspravi, „uvjeti poziva na nadmetanje za poziv na podnošenje konačne ponude", koji su ponuditeljima poslani u kolovozu 2020. (vidjeti točku 13. ove presude) sadržavali su izmjene u odnosu na prethodne „uvjete poziva na nadmetanje za poziv na podnošenje revidirane ponude". Konkretno, rok za isporuku satelita skraćen je za gotovo godinu dana, rok opcije za stjecanje javnog naručitelja dodatnih satelita povrh prvotnog broja (vidjeti točku 7. ove presude) produljen je za četrnaest mjeseci, te je izmijenjena kvalifikacija određenih satelita za jednostruko ili dvostruko lansiranje. Takve izmjene po svojoj naravi ne mogu biti bez utjecaja na tehničke i financijske uvjete koje su ponuditelji iznijeli u svojim konačnim ponudama.

96 Iz prethodno navedenog proizlazi da Komisija nije bila obvezna istražiti tvrdnje sadržane u dopisu od 23. prosinca 2020. jer one, čak i pod pretpostavkom da su potkrijepljene, nisu mogle predstavljati dovoljne indicije za utvrđivanje predmnjeve ADS-ove krivnje koje bi opravdavale pokretanje postupka pred povjerenstvom.

97 Te ocjene nisu dovedene u pitanje tužiteljevim argumentom prema kojem je ESA od ADS-a zatražila informacije o bivšem zaposleniku tek 29. siječnja 2021., odnosno nakon donošenja pobijanih odluka. Naime, osim činjenice da je taj zahtjev podnesen nakon tužiteljeva drugog dopisa od 28. siječnja 2021. (vidjeti točku 23. ove presude) i, prema tome, nakon donošenja pobijanih odluka, ostaje činjenica da to što su informacije zatražene od ADS-a nakon donošenja pobijanih odluka nema utjecaja na njihovu zakonitost, uzimajući u obzir nepostojanje obveze pokretanja postupka pred povjerenstvom (vidjeti točku 86. ove presude) i činjenicu da se tužiteljevi navodi nisu odnosili na područje koje podliježe istražnim ovlastima institucija, agencija ili tijela Unije (vidjeti točku 96. ove presude).

98 Osim toga, valja utvrditi, poput Komisije, da ju je tužitelj obavijestio o svojim sumnjama tek u dopisu od 23. prosinca 2020., iako je naložio analizu računala bivšeg zaposlenika već u studenome 2019., kao što to priznaje u tužbi, te da je nadležnim njemačkim tijelima podnio pritužbu protiv bivšeg zaposlenika u ožujku 2020. (vidjeti točku 16. ove presude). Tijekom tog razdoblja, odnosno od studenoga 2019. do prosinca 2020., sporni natjecateljski dijalog prešao je iz druge u treću fazu, koja je počela u kolovozu 2020., te je tužitelj podnio svoju konačnu ponudu u listopadu 2020. (vidjeti točku 13. ove presude). Takvo tužiteljevo postupanje upućuje na to da on sam nije smatrao, barem tijekom duljeg razdoblja, pa i prilikom podnošenja njegove konačne ponude, da je ponašanje za koje se sumnjiči bivši zaposlenik moglo dati ADS-u nepoštenu prednost u okviru spornog natjecateljskog dijaloga.

99 Iz svega prethodno navedenog proizlazi da Komisija nije povrijedila svoju obvezu sazivanja povjerenstva ni, *a fortiori*, treći kriterij isključenja naveden u točki 65. ove presude.

100 Prvi dio prvog tužbenog razloga stoga treba odbiti kao neosnovan.

[*omissis*]

Drugi tužbeni razlog, koji se temelji na povredi obveze ispitivanja izuzetno niskih ponuda

113 Tužitelj u biti tvrdi da je Komisija povrijedila prilog I., poglavlje 1., odjeljak 2. točke 23.1. i 23.2. Financijske uredbe jer nije slijedila dvije faze koje su u njoj predviđene kako bi se uvjerila da konačna ponuda ADS-a nije bila izuzetno niska, iako su postojale naznake u tom smislu. Naime, ADS-ova konačna ponuda znatno je niža od cijena konačnih ponuda TASI-ja i tužitelja te se Komisija stoga nije mogla ograničiti na navod da mu se ta ponuda ne čini izuzetno niskom.

114 Komisija i intervenijenti osporavaju te argumente.

115 Na temelju priloga I., poglavlja 1. odjeljka 2. točke 23.1. prvog stavka Financijske uredbe, ako se, u odnosu na neki ugovor, čini da su predložena cijena ili troškovi iz ponude izuzetno niski, javni naručitelj pisanim putem traži podatke o sastavnim elementima cijene ili troškova koje smatra relevantnima i ponuditelju daje priliku da iznese svoja opažanja. Na temelju priloga I., poglavlja 1. odjeljka 2. točke 23.2. navedene uredbe, javni naručitelj smije odbiti ponudu samo ako dostavljenim dokazima nije primjereno obrazložena predložena niska cijena ili troškovi.

116 Iz tih odredaba proizlazi da javni naručitelj ocjenjuje postojanje izuzetno niskih ponuda u dvije faze (vidjeti po analogiji presudu od 4. srpnja 2017., European Dynamics Luxembourg i dr./Agencija Europske unije za željeznice, T-392/15, EU:T:2017:462, t. 87.).

117 U prvoj fazi javni naručitelj mora ocijeniti „čine” li se podnesene ponude izuzetno niskima (vidjeti prilog I., poglavlje 1. odjeljak 2. točku 23.1. Financijske uredbe). Upotreba glagola „činiti se” u Financijskoj uredbi znači da javni naručitelj provodi *prima facie* ocjenu izuzetno niskog karaktera određene ponude. Financijska uredba stoga javnom naručitelju ne nameće obvezu da po službenoj dužnosti provede detaljne analize sastava svake ponude kako bi utvrdio da se ne radi o izuzetno niskoj ponudi. Stoga u prvoj fazi javni naručitelj mora samo odrediti sadržavaju li podnesene ponude naznake koje bi potaknule sumnje da se radi o izuzetno niskim ponudama (vidjeti po analogiji presudu od 4. srpnja 2017., European Dynamics Luxembourg i dr./Agencija Europske unije za željeznice, T-392/15, EU:T:2017:462, t. 88.).

118 Ako postoje naznake koje bi potaknule sumnju da bi određena ponuda mogla biti izuzetno niska, javni naručitelj mora u drugoj fazi provesti provjeru sastava ponude kako bi se uvjerio da ona nije izuzetno niska. Kada provodi tu provjeru, javni naručitelj ima obvezu njezinu podnositelju pružiti mogućnost da iznese razloge zbog kojih smatra da njegova ponuda nije izuzetno niska. Javni naručitelj mora nadalje ocijeniti dana objašnjenja i utvrditi je li predmetna ponuda izuzetno niske naravi, u kojem ju je slučaju obvezan odbiti (vidjeti po analogiji presudu od 4. srpnja 2017., European Dynamics Luxembourg i dr./Agencija Europske unije za željeznice, T-392/15, EU:T:2017:462, t. 89.).

119 Pojam „izuzetno niska ponuda” nije definiran u Financijskoj uredbi. Međutim, presuđeno je da karakter ponude kao izuzetno niske treba ocijeniti u odnosu na sadržaj ponude i na uslugu o kojoj je riječ (vidjeti po analogiji presudu od 16. svibnja 2019., Transtec/Komisija, T-228/18, EU:T:2019:336, t. 69. (neobjavljenu) i navedenu sudsku praksu).

120 Usto, iz sudske prakse proizlazi da indicije koji mogu pobuditi sumnju da je neka ponuda izuzetno niska osobito mogu postojati ako se čini neizvjesnim, s jedne strane, poštuje li određena ponuda zakonodavstvo države u kojoj se usluge trebaju provesti u području naknada osoblju, doprinosa u sustav socijalne sigurnosti, poštovanja propisa o sigurnosti i zdravlja na radu i prodaje ispod nabavne cijene i, s druge strane, uključuje li ponuđena cijena sve troškove koji nastaju zbog tehničkih aspekata ponude. Isto vrijedi i kada je ponuđena cijena u podnesenoj ponudi znatno niža od cijene ostalih podnesenih ponuda ili od uobičajene tržišne cijene (vidjeti presudu od 16. svibnja 2019., Transtec/Komisija, T-228/18, EU:T:2019:336, t. 72. (neobjavljenu) i navedenu sudsku praksu).

121 Tužitelj tvrdi da je razlika između cijene konačne ponude ADS-a i cijena konačnih ponuda drugih ponuditelja pokazatelj koji je mogao pobuditi sumnju da je ponuda ADS-a mogla biti izuzetno niska, što je Komisiju trebalo navesti na provjeru sastava te ponude kako bi se uvjerila da ona nije izuzetno niska.

122 U ovom slučaju iz spisa proizlazi da je Komisija prihvatila ponudu ADS-a na temelju razvrstavanja ponuda koje je izvršio odbor za evaluaciju (vidjeti točku 17. ove presude). Stoga, budući da je ponuda ADS-a prihvaćena, iz toga implicitno, ali nužno slijedi da je Komisija, kao i odbor za evaluaciju, smatrala da ne postoje indicije da je navedena ponuda bila izuzetno niska i da stoga nije bilo svrsishodno tražiti pojašnjenja o sastavu te ponude. Ta ocjena nije dovedena u pitanje tužiteljevim argumentima.

123 Kao prvo, točno je da postoji razlika između cijene ponude ADS-a i cijene ponuda TASI-ja i tužitelja koja iznosi 11,99 % odnosno 13,9 %, odnosno onoliko koliko je razlika između 707 679 174,75 eura i 804 127 000 eura odnosno 822 786 000 eura. Međutim, već je presuđeno da sama činjenica da je cijena ponude uspješnog ponuditelja niža od cijene ponude drugog ponuditelja ne može sama po sebi dokazati da je ponuda uspješnog ponuditelja izuzetno niska. Naime, ponuda može biti jeftinija od neke druge a da pritom nije izuzetno niska (vidjeti presudu od 26. siječnja 2017., TV1/Komisija, T-700/14, neobjavljenu, EU:T:2017:35, t. 58. i navedenu sudsku praksu).

124 Upravo je to slučaj u ovom predmetu. Razlika između cijene konačne ponude ADS-a i cijene ostalih podnesenih ponuda ne može sama po sebi biti indicija da je ADS-ova ponuda izuzetno niska, uzimajući u obzir posebnosti predmetnog ugovora.

125 Naime, s jedne strane, valja podsjetiti na to da je natječajni postupak pokrenut u obliku natjecateljskog dijaloga jer je Komisija već utvrdila i definirala svoje potrebe, ali još nije definirala precizna sredstva najprikladnija za odgovor na njih (vidjeti točku 6. ove presude). Stoga su cijene ponuda u velikoj mjeri ovisile o različitim tehničkim rješenjima i sredstvima koje je predložio svaki ponuditelj i stoga o odnosnim troškovima.

126 S druge strane, sporni se natjecateljski dijalog odnosio na nabavu proizvoda za koje tržišna cijena nije postojala. Kao što su to glavne stranke priznale na raspravi u odgovoru na pitanje koje im je postavio Opći sud, iz posebnih obilježja satelita proizlazi da oni nisu roba za koju se može pronaći standardna ili tržišna cijena. Osim toga, u ovom se slučaju radilo o nabavi satelita koji imaju razvijena obilježja kako bi se osigurao prelazak od prve na drugu generaciju satelita Galileo (vidjeti točku 7. ove presude) i stoga satelita za koje još nije mogla postojati tržišna cijena.

127 Kao drugo, valja utvrditi da tužitelj, osim razlike u cijeni, ne ističe konkretne argumente u prilog svojoj tvrdnji da je ponuda ADS-a trebala biti izuzetno niska. Osobito ne ističe eventualno nepoštovanje zakonodavstva države u kojoj se usluge trebaju izvršiti ili da u cijenu koju je ponudio ADS nisu uključeni svi troškovi povezani s tehničkim aspektima njegove ponude. U svakom slučaju, valja istaknuti da elementi koji proizlaze iz spisa ne podupiru tužiteljev navod.

128 Naime, valja podsjetiti na to da se dodjela ugovora temeljila na ekonomski najpovoljnijoj ponudi, čiji je kriterij cijene bio ponderiran na 35 %, dok je kriterij kvalitete bio ponderiran na 65 % (vidjeti točku 8. ove presude). Međutim, konačna ponuda ADS-a bila je bolje razvrstana od tužiteljeve, kako u pogledu kriterija cijene tako i s obzirom na kriterij kvalitete (vidjeti točku 22. ove presude).

129 Osim toga, iz opisne dokumentacije spornog natjecateljskog dijaloga koja sadržava uvjete primjenjive u svakoj od njegovih triju faza proizlazi (vidjeti točke 10., 12. i 13. ove presude), da su ponude morale sadržavati financijsku ponudu koja odgovara tehničkoj ponudi kao i detaljne financijske elemente, osobito odvojene financijske ponude.

130 U tom pogledu iz spisa proizlazi da u okviru odbora za evaluaciju nije bila istaknuta nikakva dvojba u pogledu ocjene ponude ADS-a s obzirom na četvrti potkriterij kriterija kvalitete, koji se odnosi na prikladnost upravljanja, izračuna troškova i planiranja izvršenja ponuđenih radova (vidjeti točku 8. ove presude). Nasuprot tomu, iz dopisa od 19. siječnja 2021. i telefaksa od 22. siječnja 2021., navedenih u točkama 18. i 21. ove presude, proizlazi da je, što se tiče tog potkriterija, ponuda ADS-a razvrstana na drugo mjesto.

131 Štoviše, iz Komisijina pisanog odgovora od 29. listopada 2022. na pitanje koje je Opći sud postavio u okviru mjera upravljanja postupkom od 17. listopada 2022. kao i dokumenta priloženog tom odgovoru, a na koje je tužitelj podnio svoja očitovanja na raspravi, proizlazi da su ponuditelji podnijeli financijske elemente svojih ponuda u obliku standardnih datoteka. Najprije, te su datoteke ispitane, unutar odbora za evaluaciju, pomoću programa pod nazivom „ESA Costing Software (ECOS)”, koji je osmišljen za sveobuhvatnu ocjenu elemenata cijene u ponudama. Potom, što se tiče osobito konačne ponude ADS-a, sastavljena je rekapitulacijska tablica na temelju analize navedenog softvera, pri čemu ta tablica sadržava 21 potkategoriju elemenata cijene, osobito troškove radne snage i različite tehničke elemente, kao i profitnu maržu. Konačno, financijske elemente podnesenih ponuda, uključujući one konačne ponude ADS-a, ocijenila je podskupina odbora za evaluaciju od četrnaest članova, koja je bila zadužena za ocjenu gore navedenog četvrtog potkriterija.

132 Stoga u ovom slučaju nije dokazano postojanje indicija koje bi potaknule sumnju Komisije da bi ponuda ADS-a mogla biti izuzetno niska. Slijedom toga, Komisija nije bila obvezna provesti provjeru, u smislu sudske prakse navedene u točki 118. ove presude, sastava ponude ADS-a kako bi se uvjerila da ona nije izuzetno niska.

133 Stoga, suprotno onomu što tvrdi tužitelj, Komisija nije povrijedila svoje obveze u vezi s ispitivanjem izuzetno niskih ponuda.

134 Osim toga, tužitelj je na raspravi naveo da svojim argumentom, prema kojem se Komisija nije mogla ograničiti na navod da joj se ponuda ADS-a ne čini izuzetno niskom, nastoji istaknuti nepostojanje obrazloženja.

135 Međutim, valja utvrditi da tužitelj ne iznosi nikakav samostalan argument u prilog tog navodnog nepostojanja obrazloženja, nego samo prigovara Komisiji da nije provjerila postoje li izuzetno niske ponude, što nije obuhvaćeno prigovorom koji se temelji na bitnoj povredi postupka, osobito nepostojanju obrazloženja pobijanih odluka, ali se odnosi na osnovanost tih odluka. Međutim, kao što to proizlazi iz točke 132. ove presude, taj se prigovor, koji se temelji na Komisijinoj povredi njezinih obveza u vezi s ispitivanjem izuzetno niskih ponuda, ne može prihvatiti.

136 Drugi tužbeni razlog stoga treba odbiti kao neosnovan.

[*omissis*]

Četvrti tužbeni razlog, koji se temelji na povredi obveze Komisije da donese samostalnu odluku o dodjeli ugovora

216 Tužitelj u biti tvrdi da je Komisija povrijedila svoju obvezu donošenja samostalne odluke o dodjeli ugovora time što je samo potvrdila rezultate iz izvješća o evaluaciji. Odgovornost za program Galileo, koja je Komisiji nametnuta člankom 12. stavkom 1. Uredbe br. 1285/2013, stvara u odnosu na nju obvezu donošenja samostalne odluke o dodjeli ugovora u okviru spornog natjecateljskog dijaloga. Osim toga, sporazumi o delegiranju koje su Komisija i ESA sklopili na temelju članka 15. navedene uredbe ne mogu ograničiti ili izmijeniti tu Komisijinu odgovornost. Osim toga, Komisija nije vezana prijedlogom iz izvješća o evaluaciji te bi trebala sama ispitati ponude ponuditelja, tim više što u ovom slučaju postoje indicije o pogrešnoj ocjeni odbora za evaluaciju, što je Komisiju trebalo navesti da provede pažljiv nadzor nad navedenim izvješćem.

217 Komisija, koju podupiru ADS, i Talijanska Republika osporavaju te argumente.

218 Kao prvo, valja odmah odbiti tužiteljev argument koji se temelji na odgovornosti Komisije u okviru programa Galileo.

219 Točno je da Komisija ima opću odgovornost za program Galileo i da za fazu uvođenja tog programa mora sklopiti sporazum o delegiranju s ESA-om u kojem se pojašnjavaju zadaće potonje, osobito u pogledu sklapanja ugovora koji se odnose na sustav. Upravo je u okviru sporazuma o delegiranju sklopljenog između Komisije i ESA-e, djelujući u ime i za račun Komisije, ESA bila zadužena organizirati sporni natjecateljski dijalog, dok je Komisija i dalje bila javni naručitelj (vidjeti točke 4. i 5. ove presude).

220 Međutim, suprotno onomu što se čini da tvrdi tužitelj, odgovornost za program Galileo ne može izmijeniti ili čak povećati Komisijine obveze kao javnog naručitelja, a koje ostaju one koje su općenito predviđene glavom VII. Financijske uredbe i, osobito što se tiče ugovora o javnoj nabavi sklopljenih u okviru uvođenja programa Galileo, poglavljem V. Uredbe br. 1285/2013.

221 Kao drugo i u svakom slučaju, valja odbiti tužiteljev argument koji se temelji na navodnoj povredi obveze Komisije da donese samostalnu odluku o dodjeli ugovora.

222 Najprije valja istaknuti da, u skladu s člankom 150. stavcima 1. i 2. Financijske uredbe, ponude podnesene u okviru postupka javne nabave ocjenjuje odbor za evaluaciju kojeg imenuje javni naručitelj. Štoviše, javni naručitelj može odstupiti od imenovanja odbora za evaluaciju samo u slučajevima predviđenima u članku 168. stavku 5. iste uredbe. Nadalje, iz poglavlja 1. odjeljka 2. točke 30.1. Priloga I. navedenoj uredbi proizlazi da su rezultati evaluacije koju je proveo odbor za evaluaciju navedeni u izvješću o evaluaciji koje sadržava prijedlog za dodjelu ugovora. Naposljetku, javni naručitelj donosi odluku odobrenjem izvješća o evaluaciji ili, prema potrebi, pružanjem razloga za odstupanje od preporuke u izvješću o evaluaciji ili, prema potrebi, dostavljajući razloge zbog kojih je odlučio da neće dodijeliti ugovor, u skladu s poglavljem 1. odjeljkom 2. točkom 30.3. Priloga I. navedenoj uredbi.

223 Iz toga slijedi da je, s jedne strane, u slučaju kad je javni naručitelj imenovao odbor za evaluaciju, na tom odboru da ocijeni podnesene ponude. S druge strane, iako je doduše točno da javni naručitelj nije vezan izvješćem o evaluaciji, njegova odluka o dodjeli ipak se može temeljiti na navedenom izvješću ako javni naručitelj odluči slijediti prijedlog dodjele formuliran u navedenom izvješću.

224 U ovom slučaju valja utvrditi da je konačne ponude ponuditelja ocijenio odbor za evaluaciju, sastavljen od predstavnika ESA-e, GSA-e i Komisije, koji je iznio rezultate svoje ocjene u izvješću o evaluaciji, na temelju kojeg je Komisija donijela pobijane odluke (vidjeti točke 14. i 17. ove presude). Štoviše, kao što to navodi Komisija, a tužitelj to ne osporava, taj se odbor sastojao od skupine od otprilike 70 osoba s odgovarajućim iskustvom i kvalifikacijama u odnosu na predmet ugovora.

225 Prema tome, budući da je Komisija prihvatila mišljenje odbora za evaluaciju podnesenih ponuda, činjenica da su pobijane odluke bile obrazložene upućivanjem na izvješće o evaluaciji ne mijenja činjenicu da ih je Komisija samostalno donijela u svojstvu javnog naručitelja.

[*omissis*]

Slijedom navedenog,

OPĆI SUD (šesto vijeće)

proglašava i presuđuje:

1. Tužba se odbija.

2. Društvu OHB System AG nalaže se snošenje vlastitih troškova, kao i troškova Europske komisije, uključujući i onih privremene pravne zaštite.

3. Talijanska Republika i društvo Airbus Defence and Space GmbH snosit će vlastite troškove.

Costeira Kancheva Zilgalvis

Objavljeno na javnoj raspravi u Luxembourgu 26. travnja 2023.

Potpisi